

SAP Pontevedra 21 diciembre 2006

(= inexistencia de sumisión tácita y aplicación de oficio de las normas de competencia judicial internacional)

Cuestiones:

1º) ¿Por qué estima el tribunal que no concurre, en este caso, una sumisión tácita?

2º) ¿Hizo bien el tribunal al aplicar el art. 5.1 R.44/2001 aunque el actor no invocara dicho precepto?

3º) ¿Qué consecuencias se derivan del hecho de que el demandado tuviera su domicilio en Francia?

SAP Pontevedra 21 diciembre 2006

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los razonamientos contenidos en la sentencia objeto de recurso y que la Sala comparte y tiene por reproducidos para evitar inútiles repeticiones.

PRIMERO Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del litigio los siguientes:

1º Con fecha 12 de noviembre de 2004, la sociedad «Angostone Construções e Rochas LDA», domiciliada en Angola, suscribió por medio de sus agentes en Vigo, «Vasco Gallega de Consignaciones, SA», un contrato de fletamento por viaje, con la mercantil «Unishipping, SA», domiciliada en Francia; contrato que se formalizó a través de una póliza «Gencon Charter (As revised 1922, 1976 and 1994)», por la que «Unishipping, SA», en su calidad de armadora del buque «Ivan Papanin», de pabellón ruso, se obligaba a poner el mismo a disposición del fletador «Angostone Construções e Rochas LDA» para el transporte de un mínimo de 4.000 toneladas de bloques de granito desde el puerto de Namibe (Angola) hasta el puerto de Vigo (cfr. la póliza aportada a los folios 144 y ss.).

2º En la póliza de fletamento se indicó como puerto de carga el de «Namibe 1» (Angola) y como puerto de descarga el de Vigo (España), en ambos casos con la cláusula «muelle seguro siempre a flote/siempre accesible, gazas» (cfr. apartados 10 y 11 de la póliza), consistiendo el cargamento en un «mínimo 4000 toneladas de bloques

de granito. Máximo 40 toneladas de unidad de peso. Trincaje/Aseguramiento/Intercalamiento por cuenta del armador» (cfr. apartado 12 de la póliza).

3º En la misma póliza se estipuló un flete de «4000 toneladas a 558 USD por tonelada métrica FIOS, y cualquier otra cantidad considerada en el momento de la carga por encima de este mínimo de 4000 toneladas a 52 USD por tonelada métrica, se debe el flete desde el momento en que la carga se encuentre a bordo» (apartado 13), pagadero «al 100% en la cuenta nominada por el armador antes de iniciar la descarga y marcado "flete pagado". El buque no entrará en Vigo hasta que se haya recibido todo el dinero en la cuenta del armador. Libre de gazas» (apartado 14).

4º Asimismo, se pactó un tiempo de plancha para la carga de «1000 toneladas cargadas por día, sábados, domingos y días festivos excluidos, sábados desde las 6 pm hasta el lunes» (apartado 16), y se especificó con relación a la cuestión «si el equipo de manejo del cargamento del buque no será utilizado» que «se utilizará el equipo del buque» (apartado 15), fijándose una tarifa por demoras en la carga o descarga de «10.900 usd por día o prorata» (apartado 20).

5º En el apartado 25, relativo a la «Ley y Jurisdicción», se hizo constar «sujeto a la Ley inglesa», mientras que en el apartado 26, rotulado «cláusulas adicionales que cubran disposiciones especiales, si se acuerdan», se expresó: «resto de términos y condiciones de conformidad con la póliza de fletamento».

6º Asimismo, en la parte II de la póliza «Gescon Charter (As revised 1922, 1976 and 1994)», se recogían, entre otras cláusulas que las partes habían negociado individualmente, tachando sobre el clausulado impreso aquellos extremos cuya aplicación excluían, las siguientes: «2. Cláusula de responsabilidad de los armadores. Los armadores serán responsables de la pérdida o daño a la mercancía o por la demora de la entrega de la misma solamente en el caso de que la pérdida, daño o demora haya sido causada por falta personal de la debida diligencia por parte de los armadores o de su gerencia para hacer que el buque se halle en todos los aspectos en condiciones de navegabilidad y para asegurar que el buque está debidamente tripulado, equipado y aprovisionado, o por la acción u omisión personal de los armadores o su gerencia. Los armadores no serán responsables de cualquier pérdida, daño o demora que se derive por cualquier causa, incluso por omisión o negligencia del capitán, tripulación o cualquier otra persona empleada por los armadores a bordo o en tierra, de cuyos actos ellos serían responsables a no ser por esta cláusula...»; «7. Demoras Las demoras en el puerto de carga y descarga serán pagaderas por los fletadores conforme a la cuantía que figura en la casilla 20 y de la manera que figura en la casilla 20, por día pro rata o por porciones de día. Las demoras devengarán día a día y serán pagaderas a la recepción de la factura de los armadores. En el caso de que las demoras no se paguen de acuerdo con el párrafo anterior, los armadores notificarán por escrito a los fletadores la concesión de 96 horas para rectificar su incumplimiento...»; «8. Cláusula de retención. Los armadores tendrán un derecho de retención sobre toda la carga y todos los subfletes por las cuantías debidas en concepto de flete, falso flete, demoras, reclamación por daños y cualquier otro importe debido bajo la presente Póliza de Fletamento incluyendo los costes derivados de recobrar dichas cuantías».

7º A primera hora del 20 de noviembre de 2004, el buque «Ivan Papanin» atracó en el puerto de Namibe (Angola), donde el fletador procedió en días sucesivos a la carga de hasta 188 bloques de granito negro, con un peso aproximado de 4.323 toneladas, así como un motor y una caja de repuestos, si bien dichas operaciones se demoraron hasta

el 30 de noviembre debido a diversas incidencias relacionadas con la estiba y el uso del muelle, de modo que el buque no zarpó con la carga hasta la madrugada del 1 de diciembre de 2004 en lugar de los poco más de cuatro días inicialmente previstos.

8º Entre tanto, con fecha 14 de noviembre de 2004, el cargador/propietario de la mercancía «Angostone Construções e Rochas LDA» había procedido a vender la carga a la entidad portuguesa «Atlántida Granitos e Mármore, SA» (cfr. las factura a los folios 138 y ss.), emitiendo en fecha 30 de noviembre dos conocimientos de embarque, el primero, con el núm. 001, correspondiente a «188 bloques de mármol negro» con un peso bruto de «4.323 Mt», y el segundo, con el núm. 002, pro una caja que contiene un motor usado y una caja que supuestamente contenía repuestos (cfr. los conocimientos de embarque o «Bill of Lading» a los folios 159 y ss.).

9º En ambos conocimientos de embarque se indicaba como cargador a «Angostone Construções e Rochas LDA» y como consignatario a «Atlántida Granitos e Mármore, SA», expresándose al describir la mercancía «flete pagado», si bien en el primero de los documentos se refería «dice pesar, únicamente según declaración del cargador. Peso declarado en disputa, el mismo será controlado/comprobado en el puerto de descarga y el flete marítimo se ajustará de acuerdo a las cláusulas de la póliza de fletamento»; igualmente, en los dos conocimientos se recogía la mención «flete pagable según póliza de fletamento de fecha: 12/noviembre/2004»; en los mismos documentos se establecía «para las condiciones del transporte ver el dorso», en el que, como apartado 1) se proclamaba «Todos los términos y condiciones, autorizaciones y excepciones de la Póliza de Fletamento, cuya fecha consta en el anverso, incluyendo la cláusula de Ley Aplicable y Arbitraje, se incorporan al presente documento».

10º El cargador notificó la venta al fletante, a través de su agente «Vasco gallega, SA», con fecha 20 de diciembre de 2004 (cfr. el folio 141).

11º El buque «Ivan Papanin» arribó a Vigo el 16 de diciembre de 2004, y un día más tarde inició la descarga de la mercancía que finalizó el 21 de diciembre siguiente.

12º Tras un primer procedimiento de medidas cautelares tramitado a instancia del comprador/consignatario «Atlántida Granitos e Mármore, SA» contra el fletante «Unishipping, SA» en relación con los conocimientos de embarque, esta última promovió con fecha 5 de enero de 2005 un expediente de jurisdicción voluntaria sobre depósito judicial de la mercancía transportada por el citado buque desde Namibe a Vigo y consistente en 188 bloques de granito negro con un peso aproximado de 4.323 Tn, que se encontraban en el puerto de descarga en posesión de los agentes del buque «Vasco gallega de Consignaciones, SA», para hacer frente al pago del flete (demoras incurridas en el puerto de origen) correspondientes al mencionado viaje y que ascienden a 49.186'25 usd, más intereses y gastos.

13º En su solicitud, el fletante atribuía las demoras al rechazo injustificado por parte de los estibadores, empleados del fletador, de los listones de madera que se encontraban preparados a bordo del buque para llevar a cabo la estiba, obligando al fletante a comprar en el puerto de carga nuevos listones de madera a precio elevado para poder proceder a la carga; a la carencia, tanto por tanto del propio puerto, como de los mismos estibadores, empleados del fletador, de la necesaria maquinaria para la correcta estiba de la mercancía en las bodegas del buque, y, finalmente, a la incorrección de los cálculos suministrados por el fletador en lo referente a los pesos, medidas y volúmenes de los bloques que componían la mercancía, lo que supuso una modificación de los planes de estiba originarios.

14º La expresada solicitud dio lugar a la tramitación por el Juzgado de lo Mercantil

núm. 1 de Pontevedra del expediente de jurisdicción voluntaria núm. 38/05, en el que, practicado el oportuno requerimiento de pago, el comprador/consignatario «Atlántida Granitos e Mármores, SA» presentó un aval bancario por la cantidad de 50.000 €, admitido el cual, por providencia de 31 de mayo de 2005, notificada a las partes el 3 de junio siguiente, se acordó la suspensión del expediente, concediendo a la requerida el plazo de 20 días para que formalizase la correspondiente demanda incidental; dicha providencia fue recurrida en reposición por la promotora del expediente, que insistió en la venta judicial de las mercaderías, recayendo Auto de 13 de julio de 2005 por el que se desestimó el recurso.

15º En fecha 4 de julio de 2005, la mercantil «Atlántida Granitos e Mármores, SA» presentó demanda de juicio ordinario contra «UnishippingS, SA», en la que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, interesaba que se dictara sentencia por la que se declarase la no existencia de demoras generadas por el buque denominado «Ivan Papanin» durante el viaje y transporte enjuiciados, y, subsidiariamente, para el caso de que se concluyera la existencia de demoras, que se declarase la no responsabilidad de la demandante en las mismas, declarando único causante a la entidad armadora del buque y promotora del expediente de jurisdicción voluntaria de depósito de efectos transportados.

16º La referida demanda motivó la incoación de los autos de juicio ordinario núm. 441/05, en los que, dentro del plazo legal, la demandada planteó un incidente declinatorio de jurisdicción por falta de competencia judicial internacional que fue rechazado por el Juzgado «a quo» en resolución que, recurrida en reposición, fue confirmada, contestado la demandada a la demanda a medio de escrito en el que, después de reiterar la declinatoria planteada, alegó la excepción de caducidad de la acción y, subsidiariamente, se opuso en cuanto al fondo reiterando, sustancialmente, las alegaciones realizadas en el expediente de jurisdicción voluntaria en el sentido de que las demoras sufridas en el puerto de Namibe eran imputables a la actuación del fletador/cargador, y, por ende, al consignatario demandante en virtud de las relaciones habidas y las cláusulas insertas en la póliza suscrita entre fletante y fletador.

17º En fecha 22 de mayo de 2006, el Juzgado «a quo» dictó sentencia por la que refutó la excepción de caducidad y entró en el fondo del asunto, afirmando en primer lugar la oponibilidad de las cláusulas contenidas en la póliza Gencon 1994 al consignatario de la mercancía aunque se trate de un tercero ajeno a las partes que celebraron el contrato de fletamento y aquellas cláusulas no se transcriban en el conocimiento de embarque, para después, con esta premisa, analizar la prueba practicada en relación con las incidencias producidas en el puerto de Namibe y a la luz de la cual desestimó la demanda por entender que dicha prueba no permitía atribuir a la demandada (fletante) la responsabilidad por las demoras padecidas y, en consecuencia, por los gastos derivados, falta de prueba que, en aplicación del art. 217 LECiv concluyó que debía perjudicar a la parte demandante.

18º Disconforme con este pronunciamiento, la parte demandante «Atlántida Granitos e Mármores, SA» interpone recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en su demanda, a saber, primero, la falta de legitimación pasiva para soportar la reclamación formulada por «Unishipping, SA», alegando la inoponibilidad de las cláusulas de la póliza suscrita entre el fletante y fletador, no incorporadas al conocimiento de embarque y en las que ninguna intervención tuvo la demandante; y, segundo, que la prueba practicada evidencia que la responsable de las demoras producidas en el puerto de Namibe fue la demandada, al hallarse la dilación en el

defectuoso funcionamiento de los mecanismos de manejo de la carga del buque y en el incumplimiento provocando el retraso que es objeto de reclamación.

Al amparo del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la parte demandada impugna la sentencia, insistiendo en la declinatoria de jurisdicción por falta de competencia judicial internacional y, de forma subsidiaria, en la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO Razones de método aconsejan iniciar el análisis por los motivos alegados por la demandada al contestar a la demanda y reiteradas al impugnar la sentencia, ya que su éxito impediría entrar en el fondo de la cuestión suscitada por la demandante, bien por falta de jurisdicción, bien por caducidad de la acción.

No obstante, con carácter previo, aunque no es función de la sentencia el contener definiciones, no es ocioso hacer alguna consideración sobre determinadas cuestiones o términos, comúnmente usados y pacíficamente interpretados en el sector del transporte marítimo internacional, pero cuya utilización en los escritos rectores del proceso y del recurso parece despertar alguna duda.

Así, a efectos clarificadores, cabe recordar que el contrato de fletamento es aquél por el cual el fletante se compromete a poner todo o parte de un buque a disposición del fletador y a realizar con él, mediante el pago de un precio, un transporte de mercancías en la forma y condiciones estipuladas. Dos son los documentos que, solos o acumulados, pueden expedirse con ocasión de este contrato: la póliza de fletamento que, firmada por las partes, contiene, además de los datos necesarios para su individualización, las condiciones que libremente estipulan, dado el carácter dispositivo de las prescripciones del Código de Comercio (LEG 1885, 21), lo que ha llevado a que, en el moderno tráfico marítimo, se utilicen habitualmente pólizas uniformes, generalmente de origen anglosajón (así, las pólizas «Gescon» para el fletamento por viaje STS 7 de julio de 1962, u otras usuales para el transporte de carbón, granos, minerales, maderas, etc.); y el conocimiento de embarque, que, nacido como documento que se expedía después de la póliza, como simple recibo por el que el capitán reconocía haber recibido a bordo la mercancía y se obligaba a entregarla en el puerto de destino, hoy cumple una doble finalidad, por un lado, es un documento probatorio de la celebración del contrato, cuyo contenido, a veces, expresa, y que sustituye en ocasiones a la propia póliza (cfr. arts. 653 y 654), y, por otro lado, es un título valor que posee una triple eficacia: es un recibo que prueba la recepción de la mercancía, que permite a su poseedor legítimo exigir la entrega de ellas en el puerto de descarga, y que, como título de tradición, permite la transmisión mediata, total o parcial, de las mercancías en viaje mediante su entrega, pudiendo expedirse al portador, a la orden o en forma nominativa directa (cfr. STS 15 de junio de 2004).

Como se ha expuesto, los modernos contratos de fletamento se rigen por pólizas y formularios de uniforme utilización, cuyos términos y cláusulas son conocidos y admitidos en el sector del tráfico mercantil de que se trata, hasta el punto de identificarse nominativamente tanto las pólizas y los formularios como las propias cláusulas, que han pasado así a configurar un cuerpo normativo con entidad propia que disciplina el contrato por acuerdo de las partes, bien por formalizarse en la propia póliza, bien por remisión a la misma, normalmente en el propio conocimiento de embarque.

Y lo mismo cabe resaltar respecto del empleo de términos, y siglas, de

procedencia anglosajona, tendentes a concretar de forma pormenorizada las reglas conforme a las cuales se regularán los derechos y obligaciones de las partes.

Sobre este particular, y en relación con el flete, o, más concretamente, con las obligaciones que el fletante asume a cambio del flete, suele acudir al empleo de las expresiones «Berth to berth» que significa que en el flete están incluidos todos los costes: carga, estiba, desestiba y descarga; «LT Liner Terms», conforme a la cual el flete comprende la carga y descarga; «FIOS», según la cual el total de las operaciones portuarias son por cuenta del contratante del transporte de la mercancía, de modo que el flete solo cubre el transporte marítimo, con sus dos matices de «FILO» («Fre in Liner Out», no gastos de carga, sí de descarga) y «LIFO» («Liner In Free Out Flete», sí gastos de carga, no de descarga)... Asimismo, en cuanto a la responsabilidad y coste de las operaciones de carga, la expresión «LSD» («Lashing/Securing/Dunage», que puede traducirse como «Trincaje, Fijación y Materiales») se emplea para determinar si corre de cargo del cargador, fletador o fletante.

La STS 30 de marzo de 2006, aunque referida a un supuesto en que el cargador y el fletador no eran el mismo, profundiza sobre el sentido de estas cláusulas al declarar: «La cláusula «FIO» (Free In and Out) significa, en el transporte marítimo internacional «carga y descarga sin coste para el buque», en tanto que la modalidad «FIOS» (Free In and Out Stowed) vendría a traducirse como «carga, descarga, estiba, desestiba sin coste para el buque» («stowed» es el almacenamiento que se aplica a las mercaderías embaladas o empaquetadas). La variante «FIOST» (Free In and Out Stowed/Trimmed) se aplica a la nivelación de mercaderías a granel. En general, se pone de relieve por la doctrina que la cláusula FIO, FIOS o FIOST se ha de traducir en un reparto de costes en el seno de la economía del contrato. A veces, sin embargo, las fórmulas impresas indican que la carga ha de ser realizada por los cargadores y sus agentes, libres de riesgo, responsabilidad y coste de cualquier clase para el buque, de tal modo que se intenta poner a cargo del cargador no ya el coste sino el riesgo de las operaciones de carga-descarga y estiba-desestiba. Pero, entendida la estiba como la operación que consiste en fijar y disponer la carga en el interior del ingenio que la contiene, en ausencia de una conraindicación, la estiba bajo todos sus aspectos incumbe al fletador, y la mera indicación de que los costes serán soportados por el cargador no basta para invertir esta regla. Es lo que se deduce de la regla del artículo 3º.8 de las Reglas de la Haya-Visby, antes recordada. De este modo, en principio la cláusula «FIOS» es una cláusula financiera, salvo indicación contraria. El principio se explica perfectamente por la economía del contrato, pues en el flete el tiempo corre contra el fletador, cuyo interés estriba en ver realizar el viaje en el menor tiempo posible, liberando su navío para la realización de un nuevo viaje. Ese mismo sentido es el que se encuentra en Sentencias de la Cámara de los Loes como las de 25 de noviembre de 2004 (Jindal Iron and Steel Co. Ltd. and Others vs. Islamic Solidarity Shipping Co. Jordan Inc) que recoge la del caso Pyrene vs. Scindia Navigation de 1954, entre otras. Solución, por otra parte, compatible con las que, para supuestos distintos pero que guardan con el presente cierta relación, establecieron las Sentencias de esta Sala de 19 de abril de 2001 y de 3 de octubre de 1996 (), ya que en este último supuesto la carga se deterioró en el muelle, en las operaciones de recepción, apilado y arrastre, y la de 22 de febrero de 1999 (), en la que la mercadería se incendió en el buque, cuando era transportada en cubierta, donde el riesgo no estaba cubierto por el seguro. Así como en la Sentencia de 21 de marzo de 2006, en cuanto que el consignatario que ha contratado en nombre propio responde de la deficiente ejecución del transporte».

En cuanto a la oponibilidad de las cláusulas pactadas en la póliza de fletamento a terceros ajenos al fletante y al fletador, lógicamente, las condiciones estipuladas afectan en principio sólo a los intervinientes en el negocio jurídico.

Ahora bien, cuando al amparo de la póliza de fletamento se ha expedido un conocimiento de embarque, las cláusulas de la póliza vinculan al tenedor del conocimiento ajeno al contrato siempre que dichas cláusulas se incorporen al conocimiento de embarque, bien literalmente (normalmente en el dorso del documento), bien por remisión a cláusulas concretas (nominal ¿hay cláusulas conocidas simplemente con su denominación?, ordinal ¿con cita del número?), o, incluso, tratándose de pólizas uniformes o pólizas tipo («Balttime1939», «Bimchemtime», «Bovertime», «BP Time», «Gentime», «NYPE93», «Supplytime», «Barecon2001», «Barecon89», «Bargehire «.), por remisión genérica al conjunto de cláusulas pactadas en la póliza (precisamente, al tratarse de pólizas uniformes con un uso generado en el tráfico marítimo, se presume su conocimiento, u oportunidad del mismo, en todos los que, profesionalmente, operan en el sector).

Y esta vinculación se produce con independencia de que el tenedor haya participado en la emisión del conocimiento y haya firmado o no el documento: en el primer caso porque al suscribirlo lo ha admitido, y, en segundo, porque, en último término, la jurisprudencia tiene declarado que el hecho de aceptar el conocimiento como título para retirar la mercancía supone la aprobación de todas las condiciones estipuladas en aquél (cfr. SSTS 29 de septiembre 2005 , 30 diciembre de 1992 y 28 de junio de 1933 , entre otras).

Por otra parte, respecto al «desconocimiento parcial» de la póliza o del conocimiento, no debe olvidarse que la jurisprudencia es tajante al advertir que «si la acción se fundaba en unos documentos determinantes de la responsabilidad de la demandada, según la demandante, no puede ésta cuestionar la parte del contenido de esos documentos que le perjudica so capa de que no están firmados o aparecen en ellos firmas diferentes (...) porque no es admisible que la demandante se desentienda de una parte del contenido de los documentos fundamentales de su propia demanda bajo el argumento de que aceptó todo su contenido salvo precisamente aquel que no conviene a sus intereses» (cfr. STS 9 de mayo 2003], que cita la STS 6 febrero 2003 [], añadiendo la STS 29 de septiembre 2005) que «la recurrente basó la pretensión que ejercita en el referido Conocimiento de embarque, pero ha de ser en su texto íntegro y no fraccionado, a cuyo propósito la sentencia de 6 de febrero de 2003 dice que cuando la actora fundamenta su acción en un preciso documento no puede cuestionar la parte del mismo que le perjudica con el pretexto de no estar firmado o aparezcan firmas distintas, lo que es aplicable a los Conocimientos de embarque».

En defecto de pacto expreso en contrario, ya formalizado en una póliza o formulario determinados, ya porque, sin hacerlo, las partes se remitan total o parcialmente a uno de determinada clase, el contrato se regirá por las disposiciones del Código de Comercio , en el que se establecen, entre otras, las siguientes obligaciones: a) respecto del fletante, la de tener el buque a disposición del fletador en el plazo y forma pactado (art. 688-3º), sin poderlo sustituir por otro más que en los casos previstos en la Ley o en el contrato (arts. 657, 670 y 671), recibir la carga vigilando su estiba (arts. 612-5º y 656), verificar su carga y descarga si así se hubiese pactado, extender y entregar el conocimiento de embarque al cargador (art. 706), hacerse a la mar en el tiempo pactado o, en su defecto, en el legal (art. 670), soportando en otro caso los perjuicios que genere al cargador (art. 670), conservar y custodiar diligentemente el

cargamento (arts. 619 y 620), y, finalmente, entregar las mercancías porteadas a su consignatario (art. 625), condicionado al pago del flete (art. 688); y b) respecto del fletador, entregar las mercancías pactadas para su transporte (arts. 680 y 689-1º), cargar las mercancías en el plazo convenido, observándose en su defecto el uso del puerto (art. 656), y, llegadas las mercancías a su destino, pagar el flete (art. 665).

En relación con este último punto, debe señalarse que, de acuerdo con el art. 686, hecha la descarga y puesta la mercancía a disposición del consignatario, éste deberá pagar inmediatamente al fletante el flete devengado y los demás gastos de que fuere responsable dicho cargamento; obligación que no suscita duda en el caso de que se trate del mismo fletador, su representante o el fletador lo hubiere aceptado de antemano, mientras que, en caso contrario, el consignatario sólo está obligado a pagar si acepta recibir las mercancías (art. 668), lo cual es lógico porque, mientras su aceptación no se produzca, el consignatario es un extraño al contrato de fletamento: por la naturaleza del contrario, el obligado a pagar el flete es el fletador y únicamente por derivación, el consignatario.

Para el cobro del flete y demás derechos devengados a favor del fletante, el Código le concede un enérgico privilegio, que consiste en la afección del cargamento al pago de tales créditos, a cuyo fin podrá depositarlo judicialmente y solicitar su venta para resarcirse de lo que le corresponda por fletes, gastos y averías (arts. 665 a 667, en relación con el art. 2261 LECiv/1881).

TERCERO Declinatoria de jurisdicción por falta de competencia judicial internacional.

Por lo que se refiere a la supuesta falta de competencia judicial internacional, la demandada argumenta que, a falta de una cláusula atributiva de la competencia o sumisión expresa, y no encontrándonos ante un supuesto de competencia exclusiva, el art. 2 del Reglamento (CE) 44/01, de 22 de diciembre de 2000, atribuye la competencia a los tribunales del Estado del domicilio del demandado, que en el presente caso es Francia, por lo que los tribunales españoles carecen de competencia para conocer del pleito, sin que el hecho de haber promovido un expediente de jurisdicción voluntaria de depósito judicial de efectos transportados pueda interpretarse como una sumisión tácita a los tribunales españoles, ni sea tampoco de aplicación el fuero alternativo del lugar de cumplimiento de la obligación establecido en el art. 5 del Reglamento, puesto que, primero, dicho precepto no ha sido citado por la demandante ni invocado como fundamento de la competencia de los tribunales españoles, y, segundo, en todo caso, la discusión no versa sobre la entrega de la mercancía transportada, sino sobre el pago del precio, en relación al cual fletante y fletador pactaron en la póliza de fletamento que abonaría mediante ingreso en la cuenta corriente bancaria designada por el fletante en Francia.

La revisión de la documentación aportada (póliza de fletamento y conocimientos de embarque) evidencia que nos hallamos ante un litigio con elementos de extranjería vinculados con Estados miembros de la Unión Europea, ya que se trata de un contrato de transporte marítimo de mercancías a entregar en España, por una entidad, la demandada, que está domiciliada en Francia, a otra, la demandante, radicada en Portugal; asimismo, la materia sobre la que versa el litigio es de índole mercantil, sin que nos encontremos ante ninguna de las materias civiles expresamente excluidas (art. 1.2 Reglamento), por lo que concurren las condiciones que determinan la aplicación del Reglamento 44/01, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De conformidad con esta norma, una persona domiciliada en un Estado miembro, sólo podrá ser demandada en otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en los arts. 5 a 24 del propio Reglamento (art. 3.1), lo que implica que, para analizar si los tribunales españoles son competentes para conocer del litigio, habrá que examinar si su competencia viene atribuida, por este orden, por una regla de competencia exclusiva (art. 22); en su defecto, por alguno de los foros especiales previstos en materia de seguros y de contratos celebrados por los consumidores (arts. 8 y ss. y 15 y ss.); subsidiariamente, por una cláusula de atribución expresa de la competencia (art. 23); en cuarto lugar, por la sumisión tácita de las partes (art. 24), y, finalmente, a falta de los foros anteriores, por la regla general del domicilio del demandado (art. 2) o por alguno de los foros alternativos contenidos en los arts. 5 (naturaleza de la materia litigiosa), 6 y 7 del Reglamento (razones procesales).

En el caso enjuiciado, no se trata de un supuesto de competencia exclusiva, ni de un contrato de seguro ni celebrado por los consumidores; tampoco existe ninguna cláusula de sumisión expresa a favor de tribunales extranjeros; en consecuencia, el debate se reconduce a dilucidar si concurre alguno de los últimos foros, es decir, si cabe hablar de sumisión tácita a favor de los tribunales españoles o, en todo caso, dichos tribunales son competentes en aplicación de las reglas de los arts. 2, 5, 6 y 7 del Reglamento.

La demandante sostiene que la actuación de la hoy demandada, al promover un expediente de jurisdicción voluntaria de depósito judicial de efectos ante el Juzgado de lo Mercantil, supone una sumisión tácita a la jurisdicción española.

Sin perjuicio de reconocer la complejidad de la cuestión, la Sala no comparte esta solución por los siguientes motivos.

En primer lugar, el art. 24 del Reglamento atribuye la competencia al tribunal ante el que compareciere el demandado, salvo que dicha comparecencia tuviera por objeto impugnar la competencia o existiera otra jurisdicción exclusivamente competente. Con más claridad, el 56 LECiv dispone que se entenderán sometidos tácitamente, el demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción, y el demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la incoación de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.

De estos preceptos se infiere que la sumisión tácita deriva de la presentación de una demanda en la que se impetra una decisión jurisdiccional o de la comparecencia en un procedimiento contencioso ya iniciado, esto es, supone el ejercicio de una acción, un proceso y la intervención de un órgano judicial en el desempeño de su función jurisdiccional.

Sin embargo, estos requisitos no aparecen cuando de actos de jurisdicción voluntaria se trata. Con carácter general, como recoge la doctrina y refrenda la jurisprudencia, los actos de jurisdicción voluntaria no entrañan propiamente el ejercicio de jurisdicción, ni suponen la existencia de una demanda o pretensión ni conllevan el ejercicio de una acción, o, en palabras del art. 1811 LECiv/1881, son actos en los que es «necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», lo que viene a corroborar el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, actualmente en trámite y cuyo art. 1.2 proclama que «se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, Secretario judicial, Notario, Registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil

y mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados», añadiendo el art. 13.2 del mismo Proyecto, al regular la competencia objetiva para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, que «corresponderá la administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en la presente Ley en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones y en materia mercantil y de derecho marítimo, a los Secretarios judiciales que asuman su administración en el ámbito territorial correspondiente, sin perjuicio de su administración por Notarios, Registradores u otro funcionario en los casos en que la Ley expresamente lo prevea» (obsérvese que se habla de «administración», no de jurisdicción).

En otras palabras, si lo que se busca una decisión inmediata y provisional, carente de fuerza de cosa juzgada, en un asunto en el que, por esencia, no existe contraposición de intereses ni se ejerce la jurisdicción (como se colige del hecho de que la competencia para su tramitación y decisión se atribuya a un Secretario judicial o, incluso, a un Notario), cabe fundadamente concluir que la presentación de la solicitud de incoación del expediente en absoluto puede interpretarse como una sumisión tácita ni atraer la competencia porque ni se ejercita una acción ni el órgano que la conoce ejerce función jurisdiccional alguna.

En segundo lugar, centrándonos en el expediente de jurisdicción voluntaria de depósito judicial de efectos transportados, la presentación de la solicitud ante el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra venía impuesta por el art. 2161 LECiv/1881, que atribuye imperativamente la competencia al Juzgado del lugar donde se produce la descarga y el depósito, sin que quepa sumisión tácita alguna.

Conclusión que se refuerza a la vista del art. 14.1 del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que prohíbe en esta materia la sumisión expresa o tácita, y más concretamente, cuando se trata expedientes de depósito de mercancías o equipajes, el art. 14.2 regla 16ª se previene que «en los expedientes que versen sobre derecho marítimo, será competente el Juzgado de lo Mercantil del puerto de arribada o destino. No obstante, en el expediente relativo al depósito y venta de mercancías y equipajes, será competente el Juzgado del lugar donde termine el transporte». En consecuencia, si estamos ante fueros imperativos o exclusivos, las actuaciones no pueden entrañar una sumisión tácita que atraiga la competencia para conocer del pleito posterior.

A mayor abundamiento, la STS 19 de abril de 2006, en la que se abordó si la petición de una medida cautelar, y en concreto, un embargo preventivo al amparo de la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, significaba una sumisión tácita, resolvió negativamente la cuestión razonando: «La regla VII del Convenio de 1952, ratificado por España, determina que, en el caso de que el buque sea extranjero, como ocurre en el caso examinado, independientemente de que el peticionario tenga o no residencia habitual o establecimiento principal en España, serán aplicables las normas del citado Convenio, con las especialidades previstas en la Ley 2/1967, y, subsidiariamente, según entiende la doctrina, la LECiv. El expresado Convenio contiene normas específicas para el caso de que el tribunal que haya decretado la medida cautelar no tenga competencia para conocer del asunto principal. El artículo VII establece que en este caso la autoridad judicial del lugar del embargo fijará un plazo para que el embargado ejercite su acción ante el órgano competente (apartado 2) y añade (apartado 3) que si el tribunal que conoce la cuestión de fondo aprecia la falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje "podrá fijar un plazo dentro del cual el embargado deberá entablar su acción sobre el fondo", y en parecidos términos se pronuncia el artículo 7.3) del Convenio de 1999. El apartado 4

establece que si la acción no se entabla del plazo señalado "el demandado podrá pedir el levantamiento del embargo o la liberación de la caución prestada".

Y la misma sentencia continúa: "Como establece la STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8809), la medida cautelar de embargo preventivo no determina por sí misma la competencia del órgano que ha de conocer y decidir el fondo del asunto, pues ni el Convenio ni la Ley española así lo contemplan ni se infiere de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio de 1952 y de 1999. Según esta sentencia, 'basta que se dé el presupuesto de la sumisión arbitral, para que los tribunales podrá fijar el plazo del Convenio internacional sin sujetarse a ningún otro requisito el ejercicio de la facultad otorgada por la Ley, que no supone ningún abuso ni conculcación de la norma' (...) Como ya se ha señalado, en el caso de que la cuestión principal esté sometida a arbitraje extranjero, la medida cautelar conservará su eficacia por el plazo que libremente considere oportuno el juzgador, y el inicio del arbitraje durante dicho plazo, debidamente justificado, permitirá entender ratificado el embargo. No es obstáculo a esta conclusión que, como ocurre en el supuesto planteado, la existencia del convenio arbitral no haya sido puesto de relieve en sede cautelar, pues el momento del embargo no es el idóneo para oponerse al fondo del asunto ni para formular excepciones que están reservadas a la contestación a la demanda. En consecuencia, la petición de una medida cautelar, en este caso el embargo preventivo de buque, existiendo un convenio arbitral, no implica renunciar al arbitraje pactado, como tampoco el hecho de hacer valer la cláusula arbitral en el proceso principal posteriormente entablado".

Nos encontramos, pues, ante actuaciones autónomas, en el sentido de que no vinculan la competencia para conocer del posterior pleito principal.

Siguiendo el orden anteriormente apuntado, si no es posible hablar de sumisión tácita, habrá que analizar si concurre el fuero general del art. 2 del Reglamento (domicilio del demandado) o alguno de los fueros alternativos (arts. 5 a 7).

En la medida que la sociedad demandada tiene su domicilio social en Francia, es obvio que la regla general deviene inaplicable, lo que obliga a analizar los foros alternativos, en particular, los previstos en el art. 5 en relación con la materia litigiosa (los foros de los arts. 6 y 7 obedecen a razones procesales, ajenas al supuesto enjuiciado).

El art. 5 del Reglamento establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro "podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda"; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será (...) cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios».

La demandada afirma que este precepto no es aplicable porque no fue invocado por la demandante en su demanda, ni, en todo caso, el lugar de cumplimiento del contrato es España, puesto que, versando el litigio sobre el pago del flete, las partes en el contrato de fletamento pactaron que el abono se realizaría en la cuenta bancaria designada por la demandada en Francia.

El argumento no se comparte. Por una parte, la circunstancia de que el precepto fuera o no citado por la demandante en su escrito de demanda carece de relevancia porque los Juzgados y Tribunales deben revisar de oficio su propia jurisdicción con arreglo a los arts. 21 y ss. LOPJ (arts. 36 y 38 LECiv []), y, en el marco de un proceso comunitario, conforme al Reglamento 44/01, de 22 de diciembre (LCEur 2001, 84); ello

al margen de que el principio «iura novit curia» permite al tribunal aplicar la norma o razonamiento jurídico que considere pertinente al caso, siempre que no altere la causa de pedir (art. 218 LECiv []).

De otro lado, nos hallamos ante un contrato de fletamento, y, por ende, de prestación de servicios, que, a falta de pacto en contrario, debe cumplirse en el lugar «en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios», a saber, según la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque, el puerto de Vigo.

Alega la demandada que lo que se discute no es el transporte y entrega de la mercancía, sino el pago del precio, con relación al cual las partes fijaron como lugar de cumplimiento, por designación de la cuenta bancaria en la que debía pagarse el flete, el Estado del domicilio de la demandada (Francia).

Esta afirmación tropieza con un obstáculo insalvable: la lectura de la demanda pone de relieve que el núcleo del debate radica en determinar si hubo o no demora en las operaciones de carga y, en caso afirmativo, si dicha demora es imputable al fletante o al fletador; dicho de otra manera, el litigio versa sobre el cumplimiento por el fletante y el fletador de las obligaciones respectivamente asumidas en el contrato de fletamento, por lo que la aplicación del art. 5.1 b) del Reglamento no suscita dudas. Ello al margen de que en la póliza de fletamento se indica simplemente que el pago se realizará en la cuenta bancaria que designe el fletante, mas nada se expresa sobre dicha cuenta, que debió especificarse a posteriori sin que conste nada sobre este extremo en las actuaciones (la demandada alude a un documento que, según alega, obra incorporado en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero ni figura aportado como prueba en el procedimiento que nos ocupa, ni de la descripción que se hace del mismo, se desprende la eficacia suasoria que se pretende deducir).

De lo expuesto resulta que los tribunales españoles son competentes para conocer de la demanda planteada, lo que comporta el rechazo de la declinatoria suscitada por la demandada.

CUARTO La caducidad de la acción. La sociedad demandada alega que la acción caducó porque la actora no interpuso la demanda contradictoria en el plazo de veinte días a contar desde la providencia de 30 de mayo de 2005, notificada el 3 de junio siguiente, por la que se tenía por consignada la cantidad reclamada y se acordaba la suspensión del expediente.

El art. 2161 regla 11ª LECiv () dispone que, si el fletante quiere hacer uso del derecho que le concede el art. 798 del Código (se refiere al Código de Comercio de 1829 [], por lo que la referencia correcta sería a los arts. 665 y 667 del vigente []), pedirá al Juez que se requiera al consignatario para que pague en el acto la cantidad que le adeude por fletes, y si no lo verifica que se proceda a la venta judicial de la parte necesaria de la carga, en subasta pública; hecho que sea el requerimiento, si el consignatario consignara y se opusiere, se depositará el precio de la venta en el establecimiento destinado al efecto, hasta que en el juicio correspondiente se decida o no el pago, pero el consignatario «deberá presentar la demanda en el término de veinte días, sustanciándose el juicio con arreglo a lo prescrito para los incidentes», y, en el caso de transcurriese «dicho término sin que se hubiere presentado la demanda, el Juez de oficio alzaré el depósito y entregará al fletante la cantidad que se le deba».

La discusión radica en la naturaleza del plazo de veinte días: si es un plazo de prescripción o caducidad, civil o procesal.

Como es sabido, la prescripción supone un derecho ya adquirido, que se extingue por falta de ejercicio, en tanto que la caducidad implica un derecho que no

llega a ser adquirido; la caducidad o decadencia de derechos tiene lugar cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término no puede ser ya ejercitado; es la pérdida de una facultad, de un derecho o de una acción resultante únicamente de la expiración de un término extintivo concedido por la Ley o por la voluntad de las partes para el ejercicio de ese derecho, de esa acción o de esa facultad.

Las diferencias más importantes ?aunque sean relativas y todavía poco precisadas por la doctrina, y menos por la jurisprudencia?, entre la prescripción y la caducidad son las siguientes:

1º La caducidad puede proceder de un acto jurídico privado o de la Ley, mientras que la prescripción tiene siempre su origen en esta última.

2º La finalidad de la prescripción es dar por extinguido un derecho que, por no haber sido ejercitado, se puede suponer abandonado por el titular; la de la caducidad, es fijar de antemano el tiempo durante el cual puede un derecho ser ejercitado útilmente. En la prescripción, por ello, se toma en consideración la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; en la caducidad pura se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado.

3º La prescripción se aplica a los derechos subjetivos en general, cuando menos a los patrimoniales; la caducidad se refiere a derechos determinados ?por lo común, a los llamados derechos potestativos, y más correctamente, a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica?, que, no sólo en razón del interés general, sino también en atención al de sujetos particulares, la Ley quiere que se ejerciten en un término breve.

4º La prescripción extingue las acciones y derechos, generalmente a través de una excepción, mientras que la caducidad opera la extinción de manera directa y automática.

5º En la prescripción se admiten causas de suspensión y de interrupción; en la caducidad no tienen influencia estas causas porque el efecto extintivo es radical y automático.

La STS 25 de septiembre de 1950 se hace eco de estas notas al señalar como caracteres diferenciadores entre la prescripción y la caducidad: a) La prescripción descansa no sólo en la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino sobre una presunción de abandono por parte del titular, mientras que la caducidad se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo; b) La prescripción es estimable sólo a instancia de parte, la caducidad puede ser apreciada de oficio; c) La prescripción es susceptible de interrupción por acto del que por ella puede resultar perjudicado, mientras que la caducidad no admite, en ningún caso, la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso la origina.

A la luz de estas consideraciones, la Sala considera que el plazo preclusivo que establece la regla 11ª del art. 2161 LECiv/1881 es de caducidad y no de prescripción, es un plazo civil y no procesal, puesto que lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla es un plazo dentro del cual ?y sólo dentro de él? puede realizarse un acto con eficacia jurídica, que aquí consiste en la presentación de la demanda. El precepto atribuye al consignatario un derecho potestativo constituido por la facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica, como es el suspender la venta judicial y, con ella, el pago al fletante del importe reclamado, de tal modo que, aun cuando el efecto que se produzca afecte a la esfera jurídica de otras personas (el fletante), es

independiente de la voluntad y actividad de éstas, y no supone, en consecuencia, pretensión o acción dirigida con ellos; y el ejercicio de este derecho potestativo se condiciona a un plazo preclusivo que, por su naturaleza, es de caducidad.

A la misma conclusión se llega aplicando por analogía la normativa y jurisprudencia recaída en materia de embargo preventivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada o en la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques, que acomoda, desde el punto de vista procesal, lo dispuesto en el Convenio de 10 de mayo de 1952 para unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima.

En efecto, es pacíficamente admitido que el plazo de veinte días previsto en el art. 1411 LECiv/1881 o el de hasta tres meses que puede conceder el tribunal en el caso de la Ley 2/1967, son plazos de caducidad, precisamente porque se configuran como un término improrrogable dentro del cual tiene que presentarse la demanda o solicitud de arbitraje (AAP Baleares 9 de octubre de 2001, AAP Tarragona 20 de febrero 2001 [ó AAP Cádiz 2 de octubre de 1999, entre otros).

Con esta premisa, si el plazo fijado en el art. 2161 regla 11ª LECiv/1881 () es de caducidad, lo que implica que no admite posposición, suspensión o interrupción, de tal manera que el tiempo transcurre inexorablemente, y el poder o facultad que se atribuye al embargante para interponer la demanda, si no se ejercita dentro de plazo, queda extinguido ipso iure, careciendo el Juzgador de facultades de alteración de dicho plazo, o de su cómputo, al no admitir por naturaleza la suspensión, interrupción o posposición, sino el solo y propio ejercicio del derecho antes de su preclusión, el problema se traslada a analizar si, en el concreto caso que nos ocupa, la demanda fue presentada dentro del término señalado. Cuestión que debe resolverse negativamente.

En el supuesto enjuiciado, la providencia que puso fin al expediente de jurisdicción voluntaria y en la que se concedió al consignatario el plazo de veinte días para interponer la demanda, aparece datada el 30 de mayo de 2005 y fue notificada al obligado el 3 de junio siguiente, por lo que es claro que, cuando se interpuso la demanda, el 4 de julio de 2005, había transcurrido con exceso el plazo de caducidad legalmente establecido.

(.....)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,
LA SALA

FALLO QUE DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la entidad «Atlántida Granitos ...
